## 学术论文

# 法律与资源：以清代包头蒙租合同为中心分析规则的变迁*

王　旭

[摘要] 土地开垦使清代蒙古地区出现了农牧交错地区，这一地区的土地租佃使土地支配权从蒙古族向外来寄民流转。资源流转过程通过规则的产生和变化而固定下来，新的规则与原有规则共同形成的制度促进了农牧交错地区的社会变迁。蒙古地区土地租佃规则对社会生活的影响由于带有民族特色而鲜明，但是在规则的发源地江南地区并不明显，本文试图从边缘社会来理解租佃规则演变过程对社会的影响。

[关键词] 租佃　规则　资源
[中图分类号] K249.3　　[文献标识码] A　　[文章编号] 1002－8587（2010）－04－0078－17

**Changes in the Rules of Law and Resources–The Analysis of Change in the Rules Focusing on the Rental Contract in Mongolian Baotou**

Agricultured land made pastoral area become agriculture–nomadism–band, which caused land govern right moving from Mongolian to immigrant by renting in Qing Dynasty. Producing and changing rules firmed resources circulate, thus new rules and old rules brought society variation in common. The effect of land renting rule to Mongolia area was outstanding for nation element, while it was not so clear in those rules´ source area, namely Jiangnan area. This article tries to understand the effect of renting rule to society variation through edge society.

清代蒙古农牧交错地区不断演化的过程中，蒙古游牧的范围逐渐缩小，农耕地区不断扩大，农牧两种形态并存于同一空间中，由此而发生了一系列变迁。其中的经济生活、人员结构、规则型态、资源流动方式、政府管理规则、军事形势等等都发生了重大的改变，使该地区具有独特的空间特征。对该地区的区域特征和各部分因素的分析研究已经有较多的研究成果。[①]本文拟从法律与资源的角度对该地区变迁过程中的规则变化进行分析，尝试用制度变迁理解农牧交错地区社会变迁。

本文使用的主要资料是清代土默特右翼六甲巴氏家族从乾隆二十六（1761）年到 1953 年期间 298 份书面契约。这一资料被称为《包头蒙租合同》[②]，以抄本的形式收藏在内蒙古大学图书馆。这套资料记录了巴氏家族二百年间的土地变更，从中可以看到蒙古族家族从游牧转为定居，并进一步城市化的细微过程。而这一家族和地区的变化为分析农牧交错地区社会资源的流变提供了一个典型。

本资料中的文本有的是一般契约，大多数是合同。合同与契约作为约定权利义务的载体

[收稿日期] 2010－08－20
[作者简介] 王旭（1971—），女，内蒙古大学法学院副教授；呼和浩特 010072

和权利凭证在实质上并没有区别，不过在古代社会中，它们之间在形式上有细微的区别。合同的字面含义是双方合意共同行为。形式上合同是在文书的骑缝上写下有特定意思的词句，如《包头蒙租合同》中通常写有“合同”、“合同二纸各执一张”等字句，两份文书分开后该词句在各自的文书上保留一半，作为文书真实性的证据。合同的这个证据作用也使得合同成为各自的权利凭证。③以合同作为权利凭证书写下来，不仅记录基本权利规则，也记录赠与、调解等其他行为（如巴氏家族合同中立义据确定赠与行为、立约确定调解结果）。本文在使用资料时，如果原文有标志使用合同，没有标志使用契约。不特定指代时没有区别。

包头巴氏家族（姓博尔济吉特氏，简化为巴氏。）是明清时期在今包头地区驻牧的蒙古归化城土默特部部属。明代末期包头到山西大同一带是蒙古土默特俺达汗的驻牧地，其中今天包头到呼和浩特一带是俺答汗孙把汗那吉及其子的驻牧地。④巴氏家族有可能是在当地驻牧的蒙古土默特俺答汗后裔的一支。清初，天聪八年（1634），皇太极征伐察哈尔，土默特部率众投附，准其在故地游牧。崇德元年（1636）土默特部编为二旗，由土默特部属为都统，并世袭。⑤据《土默特志》记载：其掌右翼之托博克姓巴格拉特（一作博尔济吉特）世居归化城，隶土默特博硕克图汗部，天聪六年请附，九年来朝。顺治四年简授右翼都统。⑥其中的托博克是否与包头巴氏家族有关，还不能找到直接的证据。据《土默特志》卷十人物记载“右翼六甲达印世居包头。”⑦达印之子海宝和海宝的儿子富兴，是《包头蒙租合同》中巴氏家族出租土地的当事人。柳陆在查阅了包头巴氏家族资料后认为：“巴氏家族于明代中后期驻牧于本地，清初编为土默特右翼六甲，乾隆年间核发蒙古族户口地，巴姓 15 个宗姓大户领受了包头的户口地，此 15 户的巴姓蒙古族统称为巴氏家族。”⑧（在同一书中，柳陆认为巴氏家族是右翼都统杭高的后裔。）

巴氏家族合同记录了土地出租、出典、租权抵押、纠纷解决方式和结果、地租质典等内容。该合同的一方是巴氏家族成员，另一方是各种外来人口或商业组织，仅有少数例外（处理家族内部土地财产纠纷的合同）。

土地对于农业和游牧的决定性意义不言而喻。无论是农耕为生的农民，还是游牧为生的蒙古族牧民，控制土地的支配权就可以控制生存资源。当地土地本来是蒙古族的游牧地，由蒙古族依据官方的制度凭借身份而占有和支配，以此形成了一个封闭的资源配置秩序。农民在这个身份制度安排之外，无法通过官方的制度和身份获得土地支配权，只能通过租佃这种个人行为突破制度和身份的官方安排，引入新的资源配置方式，进入到身份与契约并存的土地资源配置秩序中。原有的资源配置秩序逐渐被侵蚀，新秩序事实上支配了人们的行为和观念，完全突破并导致原有秩序的封闭边界破碎，使之无法以制度的方式运行。因此，租佃过程也是一个土地资源的流动过程。这个流动过程中，制度起了重要的作用。而相关制度包括正式约束和非正式约束。从当地情况来看，正式约束主要是清政府的资源分配规则形成的制度，非正式约束主要是汉族移民带来的中原农耕地区成熟的土地租佃规则。蒙古族原有的资源配置规则，也作为非正式约束包含在制度中。资源在制度的制约下向有利于财富最大化的方向进行优势流动。巴氏家族合同中记录下了各方面的博弈过程，决定双方谈判能力的各要素，逐渐把决定资源流动方向的原有制度改变为新的制度，使蒙古族土地领有者不得不在新的规则体系中博弈，丧失了自己的优势，资源的支配权流向了外来资源使用者。当然，决定双方谈判能力的不仅是各自的内部资源优势，更重要的是让这些资源优势得以成为谈判能力发挥作用的外部条件。清政府招徕农民耕地，使得农民的耕种技术和租佃规则知识优势从潜在的可能性变成了现实的谈判能力；反之，蒙古族游牧的技术优势和游牧规则知识优势被抑制，无法转化为现实的谈判能力，在农耕作为分配资源的主导规则的情势下，蒙古族或者游牧群体必然无法获得资源支配权。以此，农牧交错区域发展起来的过程，可以理解为蒙古族资源控制力下降和外来寄民资源控制力增强的过程，也是一个清朝中央政府边疆内

地化政策实施的过程，同时伴随着普通蒙古族的贫困化和民族矛盾的累积。

## 巴氏家族土地的来源和土地制度的身份特征

清朝初期控制了蒙古地区之后，把土地作为牧地赏还给蒙古。蒙古地区的土地领有方式比较复杂，大致是如下的情况：总体上蒙古地区的土地是蒙古王公的游牧地，土地的所有权属于国家，蒙古王公有使用权和一定的支配权。蒙古游牧只许在分给的固定地方，不许越界。《蒙古律例》边境哨卡条规定 “侵过所分地界另行游牧者，已管未管旗王、贝勒、贝子、公、台吉、塔布囊等罚俸一年，无俸台吉、塔布囊罚马五十匹，系平民则见知之人将本人并畜产一同收领。”[9]国家规定的差役征收方式以畜产品为主，如《蒙古律例》户口差徭条规定 “凡蒙古王公台吉等，每年向伊属下人征收差使，有五牛以上之人取羊一只，有二十只羊之人取羊一只，有四十只羊之人取羊二只，虽多不准增取。有牛二只之人取米六釜，有牛一只取米三釜……。若混行多征差役者，治罪。”[10]事实上，土默特地区土地使用方式历来有耕牧并举的传统。当地由于中原农民进入该地开垦耕种、蒙古族需要农产品、官地招垦、攻打噶尔丹需要军粮等原因，农业有了发展的机会。[11]据周清澍先生的研究 “农业发展起来以后，内蒙古各地大致形成了如下几种土地占有形式：（一）札萨克管领的旗地；（二）札萨克、王公、台吉私有的领地；（三）寺院或者上层喇嘛的香火地或者领地；（四）全旗保留的公共游牧地；（五）非贵族官员领受的官地；（六）普通蒙民分得的户口地。”[12]当地的土地权属状况基本上是清政府拥有土地所有权，各土地占有者享有不同的使用权。当地的土地占有状况，在彭勇《清代土默特土地的占有方式》一文中被比较细致地划分为十三种，即“台站地、庄头地、公主府地、八旗马厂地、大粮地、小粮地、鳏寡孤独地、户口地、公共游牧地、借牧地、香火地、六成地、教堂地、义地。”[13]其中，公主府地由公主府拥有所有权，香火地由召庙享有所有权，其他土地占有人没有土地所有权。但是，在长期的使用过程中，各占有人事实上享有较大的支配权。本文中所研究的主要是户口地的情况。

户口地的产生是清初蒙古族被编为旗，成年男子有出兵的义务，兵丁发给户口地作为俸饷。《钦定大清会典事例》卷九七九载 “顺治七年定：外藩蒙古，每十五丁，给地广一里、纵二十里。”[14]据此，每丁给地大约 500 亩。不过，在《土默特志》中记载的是每丁给地四顷。从《中海流村史》和《包头蒙租合同》中出现的土地流转情况来看，户口地的实际占有数额较大，不少于四顷。分配土地的依据在于蒙古族户籍丁册。这种属人主义的资源配置方式是一种依身份配置资源的方式。当外来人口来到当地，没有进入蒙古户口丁册这个条件，必然被排除在资源分配的制度之外。清政府通过正式制度约束，保障蒙古对土地的领有和清政府获得兵役的利益。这种资源配置方式是由清政府的武力征伐和蒙古族在当地的游牧这种历史规则决定的。巴氏家族的户口地就是在这种身份控制制度之下获得支配权的资源。它依靠政府强制力的保障，身份既是一种资格也是一种屏障。对外来人口，这个屏障是获取土地资源的有效屏障，同时，对于清政府的土地控制也是一种弱屏障。清政府需要获得当地土地也要有当地蒙古人“效纳”这个形式。比如，公主府地、粮地等。

在身份的限制下，外来人口要想获得土地，就必须在这个机制之外重新引进资源配置规则。通过开垦和租佃，一套新机制被引进来。无论是农民从政府的粮庄还是从蒙民手中租地，都是在身份屏障下打开了一个缺口，把自己的农业耕作技术和土地结合起来，从而在原有的空间秩序之外打开了新的空间，开始建立新的秩序。中原地区成熟的农业耕作技术和一田二主的资源重新分配的规则技术，形成了对蒙古族和清政府的知识屏障，同时，也使得在土地资源分配正式规则中处于劣势的寄民，在新秩序空间的秩序构建知识资源上处于优势。农耕在土地使用中所占的比例越来越大时，这种优势逐渐展现出来，使寄民与当地蒙古族的资源争夺中获得了较强的谈判力。道格拉斯·诺思认为，“制度未必或者说通常不会

是为了实现社会效率而被创造出来的，相反，它们（起码是那些正式规则）之被创立，是为了服务于那些有制度新规则的谈判能力的人的利益的。……而且，由于制度具有板块式不可分割的特性，谈判能力事实上还决定了长期经济变迁的方向。”⑮当地蒙古族和外来人口之间各自凭借自己的谈判能力推动着规则的产生、沉积和制度变迁。

## 变迁：资源与规则

由于当地的自然环境条件是可农可牧的，从事农耕还是畜牧，就不是自然的原因，而是社会资源分配的结果。人们对资源的需求影响土地的使用方式。这种需求不仅是在维持基本生活时对畜产品或者农产品的需求，也有当时社会各种因素对人们需求的影响。明朝隆庆四年，白莲教的信众进入该地有数万之众。“初，赵全与丘富从山西妖人吕明镇习白莲教。事觉，明镇伏诛，丘富叛降虏。全惧，召其弟王廷辅、李自馨从富降俺答侄，边外古丰州地居田作，招集中国亡命颇杂，汉夷居之众数万人，名曰板升。”⑯以农业为生的山西人在当地的生存状态中有农业生产的技术优势，游牧技术处于劣势，在蒙古游牧社会允许的范围内，首先选择从事农业。土默特蒙古部落对少量农产品的需求，使农业有存在的空间条件，一部分土地被开垦为农地。明末清初的战乱导致人口减少，土地荒芜。清代土默特地区从康熙年间陆续开垦。康熙二十七年法国耶稣会士张诚的《张诚日记》中记有当地零星开垦的情况。康熙二十七年六月十三日，距归化城八十里的地方“平原中的几块地是犁过的，有的地方则是肥美的牧地”。距归化城十里的地方，“平原上有许多处耕地，有些小村庄坐落在这里或者那里，每村有七八间小土屋”。⑰日记反映出当时从呼和浩特到包头一带耕地较少。从康熙三十四年在归化城设立粮庄时起，土地陆续开垦，招民耕种，农业人口不断增加。⑱此后，土默特部于雍正十三年效纳四万顷膏腴牧地开垦纳粮，乾隆二年丈放二万一百五十顷牧地，乾隆三年効纳二万四千一百六十顷五十亩，直到光绪十三年，共效纳丈放牧地数十万顷。⑲官方丈放开垦的土地招募大批农民进入土默特地区耕种。同时，当地蒙古族部属从王公台吉到普通蒙民都在进行牧地开垦。农业耕作方式不可避免地成为土地使用主导方式。清朝中央政府出于对粮食的需求和控制蒙古的目的，通过国家的正式规则以强制的方式对当地土地进行二次分配，蒙古效纳的数十万顷土地并不是资源自然流动的结果，而是清朝政府权力运作的结果。蒙古王公和普通蒙民的土地开垦和租佃却是一个在非正式规则的支持下自然的资源优势流动过程。

从当地原有规则机制来看，土地使用在不同时期和状态下存在着不同的规则。在农耕展开之后，当地在规则上就形成了政府的正式规则、蒙古族的传统游牧社会非正式规则、中原农耕社会非正式规则并存的局面，三者各自为规则的制订和维护者提供了维护利益的制度约束。

同一块土地能够以低成本获得最高收益的方式当然会被首先选择。土地的使用方式在农和牧之间选择的话，出租土地能够让蒙古土地领有者不需要承担放牧的成本，就可以获得稳定的地租收益。这恐怕是选择土地出租而不是游牧的主要原因。选择看起来是个人的行为，但是当许多人都做出这种选择，就可以看到其背后的制度推动。蒙古租佃土地的原因在清代文献记载中常常提到“图利”。如《钦定大清会典事例》所载乾隆十四年规定声称“该札萨克蒙古等若再图利，容留民人开垦地亩及将地亩典与民人者，照隐匿逃人例罚俸一年。”⑳虽然清朝政府一直禁止私垦游牧地区土地，不过私垦的事实一直在发生，法律也一直在承认已经开垦的土地作为农地，以后禁止私垦。㉑从清政府屡次颁布禁垦、蒙民私垦难禁的情况，可以看到开垦牧地作为农地，是蒙古族的自主选择。步德茂在《过失杀人、市场与道德经济：18 世纪中国财产权的暴力纠纷》一书中统计认为，乾隆时期，中国人口经历了一次爆发式的增长，引起土地价格上涨。㉒不过，资料显示当时“羊价腾贵”说明畜牧业产品价格也在上涨。㉓地价上涨可能是在农与牧的选择中的原因之一，但不是全部。不过，蒙古族的自主选择的确显示了一种偏好和相对价格

的变化。普遍的选择行为显示土地向农业用地进行资源优势流动。

蒙古族在选择农业的同时，中原农民也在大规模进入当地，寻找耕作的土地。蒙古土地领有者和寄民通过签订契约，使得寄民的耕种技术优势和蒙民的土地相结合，克服了蒙民在农事中的技术劣势以及寄民没有土地无以生存的劣势，从而蒙民获得地租，寄民获得土地使用权和生存机会。可以说，这个过程双方都得到可支配资源的最大优势。这种动力足以使双方积极地开垦牧地，导致在可耕的范围之内，牧地开垦越来越多。我们在国家的法律中可以看到蒙古族上层侵占出租公共游牧地获利，[24]在契约中可以看到蒙民需要更多现金收入。包头巴氏家族土地租佃合同常有急需现金时出租土地的合同。例如一份合同这样写到："立佃地约人朝旺同子吉木到儿计，因差事紧急无钱使用，今将原分到臭水井儿村空白地一段情愿出佃与源茂昇承种，系南北向，东至勾（沟——全套契约中所用白字较多，人名用字不统一，引用时为清晰起见引用原字，括号内注明——引者注），西至勾（沟），南至秃龙亥地畔，北至本主地畔，四至分明。同众言定，佃价钱四十一千整，其钱当日交足，另与伊每年出地租钱二千整，春季交付。恐口无凭，立佃地约存照。嘉庆二年正月十一日 立佃地约人朝旺同子吉木到児计。"[25]（下文巴氏家族合同不再注明出处）在开垦牧地上，双方的利益是一致的，不一致的只是开垦利益的分配。

利益分配促使双方都要求比较明确的规则。建立规则的知识资源可以来自各自的历史经验。根据詹姆斯·马奇等人在《规则的动态变迁》一书中的看法认为，规则制定过程中，参与者会调动自己的规则历史经验来寻找最适于解决当前问题的规则，并把它们进行编码进入规则内和成员内。[26]蒙古族传统上的法律文献（《白桦法典》、《卫拉特法典》等）中并没有丰富的契约知识经验，而宋明以来中原地区土地所有权高度集中，随着通过租佃使劳动力和土地结合起来的利益分配规则技术发展起来的精细的契约知识，在减少利益分配的不确定性方面有着成熟的经验。因而，在清政府规定土地不可以买卖只能够租佃的情况下，中原地区普遍存在的复杂的"一田二主"租佃契约技术自然随着移民的流动，带到了当地。包头巴氏家族的土地租佃契约可以看到双方为自己争取更大利益、减少土地利益分配不确定的努力。农耕地区成熟的土地租佃契约规则作为确定各自利益的有效规则被引入，开始了一个在原有的蒙古族传统规则和清代政府规则之外的新规则空间的构建过程。以下从两个方面分析规则变迁过程：

1、从短租到永佃的规则演变。巴氏家族的土地租佃有以下两种类型。1、短佃和永租。短佃是有租佃期限的土地租佃，永租是指没有租佃期限的土地租佃，有时也称为长租。短佃和永租的形成有一个渐进的过程。清代早期到土默特地区租地耕种的农民主要来自陕西和山西两个邻近地区。清政府不许种地民人在蒙古地区居住，他们只能春天来到口外种地，秋天回家，在当地称之为"雁行"。雁行人租种少量土地，形成一年一租的短佃。这种租佃关系是简单的债权关系。农民获得的是土地的使用权。随着农民与地主之间租佃关系的稳定农民逐渐招徕更多的人，并且携带家眷在当地定居下来。[27]政府对已经定居的民人编订户口赋税清册，发给印票。定居农民产生稳定租佃权利的要求，土地租佃时间延长，短佃发展为永租。乾隆八年，出现了建议政府认可永佃的奏折。[28]至少在乾隆年间，永租在土默特地区就已经出现。在《包头蒙租合同》中，有三份乾隆年间写有承租人可以"永远为业"字样的合同。最早的一份是乾隆三十九年的永租合同。原文如下：

> 立赁地基约人陈生林，今赁到包头街路南八拜名下蒙古白地一段，东至刘玉斌，西南俱至本主，北至大街，四至分明，东西阔六丈，南北长二十丈。同众言定，每年地基银四两二钱，春秋二季交还。日后任凭赁主修盖住坐，永远为约。恐口无凭，立约存照。
>
> 合同（合写 右半文）
>
> 乾隆三十八年正月初一日立。
>
> 曾印官　智成文　刘玉斌
>
> 中　见　人

从短佃发展到永租，双方都在利用契约技

术确定彼此利益分配规则。承租人对土地的控制权不断强化，尽可能保持对土地的长期控制。这既是农业需要在同一土地上长期反复增加投入，以便增加产出的生产方式所决定，又是农民能够在当地长期生存下来的前提。短佃的不确定性对于双方都是不利的，无论是弃地还是夺佃都会带来对方的损失。对此，各自必然尽力争夺。土地租佃中引发的各种争吵、械斗甚至命案带来的损害远远超过了利益，运用规则确定利益，成为双方的选择。哈斯巴根的文章中引用了一个租地农民无钱付地租弃地逃跑的例子。[29]不过弃地而逃的情况只是最初的情况，更常见的是对夺佃的忧虑。清代刑部档案中的几个发生在土默特地区因担心夺佃引发的命案，揭示了争夺的激烈。[30]不过，正如清朝的法律不能在实践中制止增租夺佃一样，正式法律规则禁止的长租在实践中逐渐取代了短佃，成为承租人控制资源的一种手段。巴氏家族乾隆五十八年朝旺同儿子到儿计租给丰祥昌的永租合同中开始出现了“许退不许夺”的规定，此后很多合同中不断使用，已经成为一个合同用词套语。乾隆三十八年“永远为约”已经出现在合同中了。

从短租到永租的发展过程中，租地人的权利逐步扩大，双方之间的利益稳定、密切，调整他们之间利益的稳定规则的需求量增加，有关的习惯法逐步形成。如永租形式在契约中写有“永远为业”、“耕种为业”“许退不许夺”等约定俗成的用语。双方的权利通过相对比较稳定的、格式化的契约形式固定下来，特定的概念和规则逐渐形成，如“地谱”、“推”、“夺”、“退”、“压地钱”等等。契约的形式也在不断发展，短租通常为口头约定，出租土地数目较大时会有书面契约，契约中写明租佃的时间，永租多为书面契约。短租没有“压地钱”，直接规定地租数额，如上述三成公的土地租佃即是如此。在道光以前的一些永租契约有“压地钱”，道光以后都有“压地钱”，有几份契约中还出现了补交压地钱的情况。

短佃到永租的过程规则密度不断加大，制约对方以增加自己利益的规则不断出现。巴氏家族的合同资料都是文本资料，因而无法看到多以口头形式表现的短佃契约。清代刑部档案土默特地区的一个命案中提供了口头短佃契约的样本。张青奇子租种额嶙亲多尔济五十亩地，预先约定收获物地主得三分之一，佃户得三分之二。收获时地主要求得二分之一。佃户不同意，地主也没有拿走收获物的三分之一。第二年，地主要求取消租佃关系，双方发生纠纷，地主被殴身死。双方的约定在张青奇子的交待中说 “乾隆五十七年三月里，小的佃种额嶙亲多尔济五十亩地……并没立约，也没中证。”[31]口头约定的规则比较简单，对于维护双方的利益力量有限。出租人要求取消租佃关系，承租人无可奈何，只能以暴力相抗。巴氏家族合同全部为文本合同。合同中承租人的租佃权不断强化，不仅获得了时间持续性的保障，还获得了逐渐独立于出租人的权利。承租人的权利性质从债权演化为物权，租佃权演变为永佃权，又演变为一田二主。合同记录了规则不断增加、权利不断细化、社会不断变迁的过程。

巴氏家族的合同在租佃权持续性方面规定划出了永佃权成长的轨迹。乾隆和嘉庆时期的合同显示出租佃权的时间逐步延长永佃权稳定下来。乾隆时期五份合同，一份为房屋买卖契约，一份为转让收租权借贷契约（出借人转移自己的收租文约），三份为土地租佃合同。三份合同明确规定“永远为约”、“永远承住”、“永远耕种”，租佃权存续时间为“永远”。嘉庆年间合同二十三份，其中转让收租权借贷契约有四份，租佃约有十六份，退地约有三份。租佃约中直接表明租期为永远的有九份，租期不明的有六份，有明确租期的一份。永远租期的合同嘉庆十一年以后有七份，占多数。租期不明确的六份中，一份嘉庆三年合同中出现了承租人为“承业主”，一份嘉庆九年的合同有“许退不许夺”的规定，一份嘉庆十一年的合同有“常年耕种，许退不许夺”的规定并在光绪二十六年另立新约，一份是嘉庆二十五年的租坟地约。这六份没有明确永远租佃的合同，只有二份合同无法确定租佃持续时间，其他四份都可以找到含有持续租佃的权利规定。这样，在嘉庆年间的十六份土地租佃契约中，有十三份带有永远租佃权。有明确回赎期间的一份，规定回赎但是没有明确回赎期

间的合同一份，没有规定任何期间的合同一份。上述统计可以看到，嘉庆期间永远租佃已经形成了。合同中的规定作为双方利益博弈的规则，增加了保障承租权人租佃权时间的持续性的规则。合同的规则密度增加，资源分配朝向有利于承租人的一方作了改变。从权利持续的时间上看，租佃制度从短佃转变为永佃，权利性质发生了变化，双方的权利关系从债权变成了物权。作为一个新起点，物权的权利含量开始增加，有关的规则出现并稳定下来，形成新的资源分配规则，改变着双方在资源分配中的地位。

物权性质的权利要求对物的支配权具有绝对性、排他性，本身所包含的权利内容须尽可能完整。巴氏家族的合同在租佃权物权化的过程中记录了丰富的规则变迁轨迹。承租人拥有了占有权、处分权（权利质权、抵押权、用益权、继承权、典权、永佃权）、完全的使用权。出租人拥有了稳定的佃权（收取地租、押地钱、过约钱）。以下分别分析这些物权性质的权利的演变和规则形成。

2、合同所反映的使用权的变化。乾隆三十八年合同规定的使用权“日后任凭赁主修盖住坐”，嘉庆八年“自今以后，此地由种地人续万阵自便”，道光十五年“自佃之日起房盖屋筑墙穿井由己自便”，同治元年“自租之后，地内起房盖屋立坟栽树挑渠打坝穿井一切诸事由租地人自便，不许阻拦”，同治四年“自租之后地内所有起房盖屋挑渠打坝穿井做场栽树立坟捡石取土掏窑填地，无论一切甚事由租地人自便，不能阻拦”，光绪元年“永远起房盖屋修理住坐做场栽树穿井设立生意，无论做甚均由自便承业”。合同中规定的承租人使用权不断扩大，规则逐渐详细，承租人的权利明确化。具有典型意义的是承租人李富与出租人得计、丹搭尔之间租地时关于使用权变更收费的约定，引起后来解除该约定效力的争执。承租人获得土地的自由使用权，出租人丧失控制土地使用权变更并由此而获得收益的权利，并促使合同中关于使用权规则的增加，以固化承租人的权利。道光五年出租人在合同中写明“修理栏柜每丈加收地租七钱”，同治九年，承租人补交押地钱一份，并约定从此以后不许收修理栏柜的租钱，承租人对于所承租的土地无论如何使用由其自便，出租人无权干涉。此后的地租中对于使用权无不规定详细，甚至“明暗五行”都被规定在内。承租人权利增加的演变过程中，权利一项一项地缓慢增加，规则呈现稳定增长的趋势。不过，一旦这个演进的趋势被打破，就会引起规则参与者注意力的聚集和增强。参与者通过调动历史经验，在已有的解决方案中寻找有效的处理方式，并确定为新的规则。从以下这两份合同内容中可以看到这个规则变化的因素和原理。

合同之一：

立足地基约人李富，今租到得计、丹搭尔西包头西街北路空地基一段，计地东西阔一十四丈有余，东至永丰店，西至增盛，西南至街心，北至河滩，四至分明，永远修理房舍为业。同中人言明每年地租钱柒千文整，四季交纳，不许长支短欠。日后修理门面除去原租钱，每丈以七钱出租。每租银一两以九百文合数。日后倘有蒙民人等争夺者，有地主一面承当。恐后无凭，立租约为证。

道光五年十二月二十五日立。

立合同二张各执一张（左半文）

夏德发、以什洛布登、刘礼（押），中人，郝培英书。

批注：咸丰六年六月二十一日补交押地钱四十千文。另换合同新约，此约已为废纸不用了。

合同之二：

立再换地基约人李泰山，因道光五年十二月廿五日海保之曾祖母得计将伊西包头西街路北地基一块，东至李泰山，西至梁聚永，南至街心，北至河滩大道，四至分明。计东西阔南一十五丈零七寸，东西阔北一十四丈，情愿租与自己，永远修理住占生理凿井为业。同人言定，每年地租钱七千文整，按春秋二季交付。不许长支短欠，不许长缩地租。如有蒙民争夺者，有海保一面承当。咸丰六年六月二十一日。因原约无押地形迹，同人使过押地钱四十千文，因换合同约二纸。彼时约据非不明白，但有日后修理栏柜加租一节，后

日恐兹口角，因同中人理处，现使过日后修理栏柜不再加租钱五十千文整，随又换合同新约两纸。日后李姓不论如何修理，或有凿井等情，均由李姓自便，不许另加地租。至于此地长阔，均是依据旧约书写。但早年地势不平，丈尺恐未能准，日后或有余不足，两造俱不准另起别说，此系各出情愿，各无翻悔，恐口难凭，立租永远地基合同约为证。

同治九年十月二十一日立。

合同两张各执一张为证（右半文）

中人：大行总甲、海泰、远生子、巴图吉力格、赵万库。王子中书。

批注：同治九年十月二十一日，同人海保使过李泰山五十千钱，为嗣后修理铺面栏柜不再加租。现因海保将咸丰六年所换之合同失落，因同大行总甲并外请之中人，于新约批写明白。嗣后海保、李泰山所执之旧约均以为故纸不用。

这两份合同包含了双方三次立合同的过程。道光五年租地时说明土地使用方式是修理房舍，但是，限制修理栏柜（修理店铺经营生意——本文作者）的权利，如果修理栏柜就要另收地租钱。道光年间当地商业迅速发展，巴氏家族土地坐落在街中心，商铺的地租与耕地的地租有了差别。巴氏家族控制着所有商业用地的使用权，在规则设置中的谈判能力使得合同中出现了如果改为商业用地增加地租的内容，为自己争取了规则固定下来的利益。承租人修理栏柜店铺面临着租钱增加的压力。同治年间，包头村已经逐渐发展成为商业市镇，商业店铺并没有再出现加租的情况。从合同中“后日恐兹口角”的内容推测，当时出租人为了实现权利、承租人为了免除义务曾经发生过争执。争执中出租人所依据的资源优势是合同和控制土地的权利，承租人所依据的可能是发展起来的商业势力以及因为这种势力的强大而形成的修理店铺时不再加租的非正式规则。同治九年，海保利用合同规定的权利，为自己获得现实利益五十千文钱，同时失去了承租人以后修理铺面增租的权利。承租人获得了对土地的自由使用权，并通过合同对此规则作出了详细的规定。规则作为事件的处理结果沉淀下来。突发的事件，引起双方规则注意力的关注，双方调动自己的历史经验，解决问题，利用原有的规则技术把新的解决方案固定在规则中，形成新规则。

永佃权比较重要的权利内容是相对独立的处分权。处分权在巴氏家族的合同中主要体现为转佃、转典、地役权、权利质权、继承权、永佃权。这些权利的独立性的形成与使用权的形成过程一样，也是一个双方争夺利益，确立为规则，导致规则成长、制度改变的过程。其中转佃的权利最为常见。嘉庆十一年有规定承租人“不许倒佃倒卖，如不遵规，地归本主”。道光四年出现了首份转佃合同，且说明是永佃合同。此后，较多合同后有批注说明转佃给某人、后又转佃给某人的情况。转佃也分为永租和短佃，并使用了专门的术语“兑”、“卜”、“拨”、“推”。民国时期的一份契约记录了因为丢失租佃合同无法转佃，与蒙古出租人重新支付押地钱另立新约。作为永佃权能的处分权另有典权和权利质权二种。这两种权利中典权的行使不很普遍，不如转佃中的永佃行使频繁。巴氏家族合同中的权利质是指质押收租权借贷的权利。这种情况在蒙古出租人方面频繁使用，《包头蒙租合同》中所有的借钱契约都以收租权作为质押。不过，这种权利的性质属于典权还是质权在当时来看并不清楚。有些契约写明“质折借钱约”（折是指作为收租凭证的书面租佃合同），有些写明“典折约”。不过，从权利行使的方式来看，不同于当今法律中的权利质权，更类似于古代法律中的典权行使方式。以下是一个质折借贷的合同：

立借钱约人得计，今因无钱使用，今借到广盛公名下本钱四十五千文行息，情愿将自己收祥盛瑞地租折一个，每年钱一十八千文面兑与钱主，收五年，本利清还。十九年春季起二十三年秋季收清，折归原主。恐口无凭，立借照用。

嘉庆十八年九月十一日立。

中人

张兴斌　　哦尔吉兔

这个合同中借钱人得计把自己的地租折交付给出借人，约定期限本利收清地租折交回。地租折作为权利凭证，属于应收账款，约定由

出借人直接行使其所代表的权利，类似于典权人可以直接获得典物所带有的利益。并且如果提前还款的话，还可以提前带回自己的地租折，类似于典权的赎回。把地租折质作为一种权利性质的典权似乎也不矛盾。如果是权利质权的话，质权人不可以直接行使权利。当然，如果说出于便利由质权人直接行使债权质，也符合权利质的原理。当地清代的土地设立永佃权后，在土地上设立的各种形式的权利转换极其复杂，使得地租折几乎具有流通票据的功能。对此现象拟作另文详述。巴氏家族合同中的地役权主要是在租佃土地上设立的水权和通行权。在租典权继承的问题上，也存在利益博弈，最终以过约钱的形式形成了类似于罗马法上永佃权转让的回扣。

总体上，从乾隆到宣统年间永租逐渐从债权性质变成物权性质的权利，在合同中用明确的规则确定下来。规则的数量增加，把双方在资源配置中的位置固定下来，整体上记录了社会的变迁过程。

永租形成后承租人的权利稳定下来，由此而衍生出总佃和分佃的类型。

3、总揽租佃和分佃的情况。这种情况是指承租人承租地主的大片土地，又分成小块转租给农户，在当地民间比较普遍。其中租种小块土地的是真正的使用人，直接承租大片土地的多是地商或者当地民间所称的“二地主”。地商或“二地主”在转租时享有较大的、相对独立的权利。在中晚清时期，他们对土地的支配权利已经超过地主，对土地的权利属性进行了重新构造。以租佃形式出现的土地支配权流转，在实质和观念上已经具有买卖的性质，只是在国家法律的层面上还留有债权的外壳而已。从法律性质上看，蒙古族所拥有的土地并没有所有权，所有权仍然是归属于国家的。（国家仍然可以收回土地，或者重新划定牧地范围，清末开垦荒地即是在这种规则和观念支持下进行的。）他们所拥有的权利是占有、使用、收益和有限的处分权。当权利被重新构造时，即是在占有、使用、收益、处分权上确立新的分配规则。其中占有、使用、处分权归属于承租人所有，收益权由双方分割。总佃和分佃清晰地展现出这种权利规则的重新构造和社会效果。总揽租佃（总揽租佃在本文中以下简称为总佃）与分佃的情况不仅存在于耕地的情况中，也存在于地基租佃中。下列两份契约纪录了这种情况：一是道光十三年的一份地商出租耕地契约，另一份是个人转租地基契约。

> 立租地约人韩泽民、周达、贺俊杰，今租到三成公办到茂明安合少塔拉补拉屹袄尔七了地一段，熟茬代荒，共三奉（份），计地七十二顷，东至二奉地界，西至六奉地界，南至归化城大道为界，北至广义魁大道为界，四至分明，言明每一顷出付三成公白银十三两整，系交宝银。言明四月标（标是当地钱商定期交付现金的术语）交宝银五百两，七月标全清。每年随带水草钱，七十二千文整。此地道光十三年春季起，至道光廿二年秋后止。地内不许窝娼聚赌，地满之日约归三成公守官，与种地人无涉。日后有蒙古民人、衙门差事、种地人所出，与三成公无干。有蒙古民人争夺者，有三成公一面承当。恐口无凭，故立此合同约为用。
>
> 道光十三年正月二十一日立。
>
> 同中人：银良玉、白尚智、王发。

该契约中的三成公是一个商铺的名称，能够一次出租七十二顷地，应该是个地商或者兼有地商身份的商铺。从蒙古人处大片承租土地，又转租分租给三位承租人，是一个典型的反映总佃和分佃的契约。契约中对于蒙古人的权利主张，由地商“一面承当”，地商已经取得了独立于地主的土地支配权。另一份是地基转租契约：

> 立租空地基约人赵广仁，今租到西包头村南张生富原佃到蒙古白地一段。东西阔六丈，南北长九分七厘，东至衡信（姓），西至武永，南至郭信（姓），北至董信（姓），四至分明。北望（往）南退走路六尺五寸，情愿租到永远修理住坐承业。同人言明，每年地谱钱一千七百四十六文。按春秋两季交纳，不许长支短欠，亦不许地谱钱长缩。如有蒙古民人争夺者，有张生富一面承当。恐口无凭，立约为证用。

大清咸丰元年四月初四日立。

合同二张各执一张（半文）

知见人：史克旺、王永义、庞贵荣。

该契约中的出租方张生富在《包头蒙租合同》中，记有从道光到咸丰年间多次转租原租到的蒙古地，反映出总佃和分佃的情况。上述契约所涉及到的土地都是巴氏家族的户口地。在《包头蒙租合同》中，有些租地契后附有批注所租的土地转租某人，其中许多人并非专门进行土地的总佃与分佃，只是租来的土地分出一小块转租。不过在从内蒙古东北到中西部地区都存在着规模不等的地商，他们从蒙古王公那里租来大片土地，分别出租给很多直接种地的农民，成为农民眼中的“二地主”。比如河套地区的王同春从乌拉特三公旗和达拉特旗王公那里承租了绝大部分河套的土地，开渠浇灌，控制着当地土地的流转。[32]在租户的观念中，地商和“二地主”决定着人们使用土地的权利，地主与租户则两不相干。这种总佃与分佃的普遍存在在法律上已经出现了土地所有权、使用权彻底分离，原地主的所有权（尽管原地主所拥有的不是绝对的所有权）被完全虚化，永佃制度已经演化为一田二主制度。这个演化过程中最关键的是押地钱和地谱钱并存的规则变迁。

地谱钱在蒙古地区的存在被认为是蒙古地区的独特现象。不过，如果分析其形成过程和作用，我们可以看到，这并不是一个独特的现象，相反，其背后所包含的普遍性，揭示了明清时期从江南到塞北普遍存在的土地权益分离、资源重新分配的规则技术现象。

地谱钱是承租人每年付给出租人的地租。地租本来没什么独特，但是蒙古地区的地谱钱因为与土地分离看起来有点独特。民国时期中央司法行政部组织并汇编的《民事习惯调查报告录》中记录了蒙古地区的地谱“永租契约中，承租人可以转典、转租，地主不得干预。同时，土地不论转于何人之手，都必须按年向蒙古人纳租，这种租习惯上称为‘地谱’。”[33]按照“认租不认地”的习惯“人民租种蒙地，每年出钱若干，谓之地谱，设令蒙古地主累世相传，后世不知其地之所在，则只按年凭帐吃租，并不问其地有无变迁及转移何处，故有云‘蒙古吃租，认租不认地’。按：蒙古吃租，除有约外，即河冲水占，致地不能耕种，在所弗问，故往往所种之地，因河流变迁，其继承人不知地在何处，该蒙主仍凭帐按年讨租者。”[34]地谱看起来与土地彻底分离，甚至不知所出，似乎是土地流转过程中附带的一种来自蒙古族的义务。

地谱钱的形成最初仅仅是蒙古地区土地出租时，出租人与外来承租人之间的租佃关系产生的地租，与普通地租并无区别。巴氏家族的合同中乾隆年间有四份合同提到租钱，可以使我们看到地谱的发展过程。其中乾隆三十八年租地基的合同把地租称为“地基银”；乾隆四十七年的租地基合同称为“出佃地铺契”，其中的地租称为“地铺银”；乾隆五十七年用来作为借贷质押的地租折是一个被称为“三义公地铺”的地租，其中地租称为“地铺银”；乾隆五十八年出租土地，地租被称为“地租钱”。嘉庆三年合同中出现“地谱”，不过含义仍然是地租，并无特殊含义，此后有“地谱”、“地铺儿”等说法。这些措辞的含义都是地租钱。使得地谱与普通意义上的地租不同的，不是地租名称本身，而是地租的数量和性质的变化，以及由此而引起社会生活外观的变化。从前文所引嘉庆二年朝旺同子吉木到児计与源茂昇的租佃合同中可以发现，该合同中出租人需要出两份钱，一份是“佃价钱四十一千整，其钱当日交足。”另一份是“另与伊每年出地租钱二千整，春季交付”。同一份合同中有两份租钱，而且数量差距很大。由于支付了“佃价钱”，所以，每年支付的地租减少了。之后，在同一份合同中出现二份租钱的情况下，基本上都是一份数量很大，被称为“佃价钱”或“押地钱”、“压地钱”、“押荒钱”等名称，另一份数量很少被称为“地租银”、“地铺儿钱”、“地谱钱”等名称。此处地租的特殊之处是押地钱的存在。押地钱早期是为了防止承租人不按期交付地租或者撂荒，或者保证开垦土地可以长期经营防止地主夺佃而出现的。这对农民和地主都是一种约束。它的性质也可以理解为是预付地租。这笔钱在承租人这边逐渐演变成了取得租佃权的前提和获得永佃资格的代价。由于收取押地钱减少了每

年的地租，使地租分为两份之后出现了分离。一次性给付押地钱后，承租人获得土地的处分权、使用权、收益权。当承租人行使处分权，转让土地的租佃权、使用权、收益权时，也可以获得一份基于佃权而得到的一次性给付的现金收入，同时还可以取得每年的少量地租，其中包括支付给原来出租人的少量地租。这样就出现了原出租人的土地无论土地转租、转卖到何人手中，原出租人的地租始终存在。因为后来的每一位参与土地流转的人，其土地支配权的获得无不包含从蒙古族那里租地的前提，此前提就以每次转让时带有的交付给蒙古族原主的地谱钱为标志。否则，在蒙古地区获得土地就不具有形式和实质合法性。蒙古地区开垦的土地在蒙古族出租的时候大多数是以永佃的形式出租的，由于蒙古族对土地控制力的减弱，晚清时期，在观念上已经形同买卖。只不过清政府不允许土地买卖和永佃以及典权的存在，买卖以出租的方式形成，在形式上就永远呈现为蒙古族的地租。这就是蒙古土地的地谱钱产生的原由。土地转让时必须通知蒙古原主形成了“过租”习惯，即“蒙古之户口地，辗转典租，无论移转于何人，必须向蒙古人纳租，谓之地谱。即地经转移后，典租地人均需向蒙古过租，否则，地主不知其地属何人，原种地人仍负有纳租义务，此义务非过约后不消灭。”[35]这里所说的“过租”实际上是权利转移后的一种通知义务。过租在新的租佃合同成立权利义务转移后进行，只是为了明确新的权利人与蒙古原主之间的权利义务，而不是设立新的权利义务。民间观念上承认了土地买卖，地谱反倒成了一个奇怪的现象，才会有“蒙古吃租，认租不认地”的民谚。同时，这一现象也可以使我们理解地商存在和运作的原理。

蒙古地谱的存在实质上标志着蒙古地区也已经形成了一田二主的现象。承租人的土地支配权基本独立，转佃、转推蒙古无权过问。

从与罗马法上永佃权的比较来看，一田二主的权利形态超出了永佃权，有了新的权能，更加接近于带租金的特殊买卖。在罗马法中，“长期或永久就他人之不动产，适度的使用收益之权利，而以按年向地主给付租金为代价者，谓之永佃权。”永佃权人有如下权利：“1. 永佃权人有长期或永久使用收益之权利。2. 孳息与土地分离时，即视为永佃权人所有，与所有人无异。此外，永佃权人对于永佃地，有变更其性质用途之权利。3. 永佃权人有转移权利于其继承人之权利。4. 永佃权人有任意处分其权利，有为无偿行为和有偿行为、生前行为和有死因行为的权利。5. 永佃权人可就永佃地设定地役供其他土地之利益，但，永佃权人设定地役时，永佃地供役之期间不得超越永佃权之存在期间。6. 永佃权人可以提起两种诉讼：对于土地所有人基于债权关系，请求供给永佃地上的使用收益权。对于他人妨害永佃权行使的诉讼。”[36]比较罗马法上的永佃权，可以发现蒙古地区的永租与之十分相似，但又有所区别。本文前述对永租的权能分析中可以看到罗马法上永佃权的永久使用收益权、孳息获取权、变更使用权、处分权、继承权、地役权都相同。罗马法上永佃权人享有的诉权保护，在土默特地区的习惯中也有类似的规则，但是没有形成明确的物权保护之诉。承租人可以基于双方的约定，保护自己的使用收益权，防止地主夺佃或者他人妨害承租人的土地使用权，在永租契约中大多写有“嗣后倘有蒙民争夺者，有地主一面承当”等语。这个规则防止来自其他人的权利争议，保障土地出租人的土地没有权利瑕疵，以及由此而产生的一切后果由出租人自己承当。罗马法上的永佃权诉权基于罗马社会深厚的私权保护意识和比较完整的诉讼程序和规则，对永佃权规定了某些特定的权利受到损害时提起某些特定的诉讼。蒙古地区的土地租佃权如果发生了纠纷，对外的纠纷由出租人自行解决，对内的纠纷，有两种解决办法。其一是向官方提起诉讼，官方依据合同和法律进行处理。另一种是民间组织的纠纷处理方式。官方的纠纷解决机构——理事同知，在雍正元年就产生了。[37]雍正十二年十二月初九日，归化城都统丹津上奏拟定归化城房地争讼案件审理条例。[38]后来萨拉齐地区又设立了理事司员和巡检。清代关于土默特地区或者蒙古地区的土地租佃方面的法律规定主要体现在《理藩院则例》中。这些法律中规定的纠纷解决规则随着时代情势的不同表现出很大差异：早期不允许开垦，不许外来人口

定居，后来这些限制都松动了，政府自己招垦粮地，清末开垦时，已经没有限制了。不过，总体上还是不允许典卖蒙古土地。这也导致民间以租佃形式实现典卖的目的。官方在解决纠纷中，私人之间的合同是重要的权利依据。民间组织的纠纷解决方式主要是大行总甲这样的基层管理人员和众人、中人这样的临时纠纷解决组织来进行。巴氏家族的合同中有很多纠纷解决记录，其中咸丰元年的一份合同很有代表性。

> 立义据永远分收三家地租银两人不克（八扣），情因三家之地面原系自己祖遗之产，实与别人无干，有本族内吉圪密将三家之租银迷收年久。今多赖婶母金木素将前情查明，向吉圪密争论，兴讼在萨。今蒙蒒老爷、清大老爷会审断明，与吉圪密毫无干涉。将三字号之租银如数断归自己名下，承产收租。今自己念及婶母年迈，族弟幼小，同众情愿将应收三字号之租银永远义让与族弟温启（都）尔户，各号分收租银一半，下余一半自己收使，毫无异说。事出己愿，永无更改。今因人心不古，立此义据永远合同后为照用。
>
> 一样二纸各执一张（右半文）
>
> 大清咸丰元年四月十八日立。
>
> 千得功、必立功、刘启明 书、王文华 在中人。
>
> 批注：三字号及租银数量

这份合同因收租纠纷到萨拉齐诉讼，经过两位官员会审结案，以民间约定为基本纠纷解决依据。其他合同中多次出现纠纷解决依据众人的评议，遵照情理确定各自的权利义务。众人的评议形成一种舆论力量，自发产生维持规则所需要的组织。道光元年的一份契约可以说明这种情况。

> 立凭据约人得计子，因执永和元地租原约向牛月喜反悔旧规，相互抵赖，致起讼端，今同大行……遵谕查明：永和元与牛月喜实系财东伙计一脉相连，而永和元之遗业，理应牛月喜掌管，别无异说。但今念得计子年迈孀居，度日维艰，它无展转。从公议定：牛月喜出与钱二千文为情帮义助之资，其原约地租银十两五钱，仍按旧规，每两以九百文合数，向牛月喜抽取地租。得计子永远不许涨跌，亦勿听唆横行骚扰。恐口难凭，立永远凭据约存证。道光元年二月二十日立。
>
> 在中：以什落不登喇嘛、总领、羊皮儿。

合同中牛月喜继承永和元的财产，是否当然继承永和元的土地租佃契约问题上，众人认可牛月喜的权利主体资格，符合众人认可的规则之理，解决了纠纷的起因。众人公议牛月喜出资帮助得计子，出于得计子作为一名老年寡妇，度日艰难，它无辗转的人情。双方遵从公议，问题得到圆满解决。这里以“公议”形式体现的舆论，至少认可了两个土地租佃习惯法的规则，即，合伙作为契约一方主体是可以的，其权利可以由合伙的继承人继承；契约主体因继承而变动时，不影响原约规定的权利义务。众人是国家基层管理人员、商铺财东、商铺、喇嘛、蒙古土地领有人、蒙古居民、有一定财产的外来在本地居民等有一定影响力的人形成维护规则的权威力量，类似维护规则的组织力量。这些每个纠纷中临时组织起来的中人、众人，因为对规则的共同认可而具有了稳定的力量。这种维持规则的方式，可以被视为一种民间自发形成的租佃权救济模式。这种救济模式完全无法与罗马法上的物权之诉在规则的明确性方面相提并论，不过，其在维护规则的有效性方面，还是很有作用的。其中的原因从诺思的理论中或许可以找到答案：非正式约束和正式约束在协调重复进行的人类互动共同发挥作用，维持制度的演变。[39]民间的临时性纠纷解决组织使用合同规定、人情、熟人社会的潜在约束，也可以形成租佃权保障机制，只是没有明确的诉讼或者纠纷解决制度而已。这种组织的存在是作为国家法之外的非正式约束存在的必要组织力量。任何规则的存在都必须有参与者的一致认可，组织的存在能够协调参与者的认知，把人们的行为从日常状态的驳杂中协调到一致的行为中。规则距离规则的发出者越近越有约束力，越远则约束力越弱，组织的存在把参与者纳入到同一个时空场中，使参与者及其相关因素同时在场，强化了规则的有效性。民间规则在国家制度之外存在，无法从

国家的组织中获得组织力量的支持，因而需要有自己的低成本的临时性组织。基层社会权威力量组成的纠纷解决临时组织，补足了作为非正式约束的契约规则的组织需求。这些组织虽然在纠纷解决中有积极意义，但是，从法律的独立性所需求的独立、专职的纠纷解决组织来看，罗马法上的专门诉讼制度和机构与中国民间契约纠纷解决机制的作用无法相提并论。从上述租佃权的比较来看，一田二主形式下的承租人的权利已经超越了罗马法上的永佃权，更接近所有人的权利。

比较罗马法上永佃权的义务，对于认识一田二主与永佃权的区别更有意义。“罗马法上永佃权人的主要义务是：1. 就永佃地使用收益时，须尽善良保管之注意，改良永佃地或者变更其用途时，不得减少其原有之价值。2. 须按期向土地所有人给付租金。永佃权人至多不得积欠三年之租金，纵因不可抗力致其收益减少或者全无收益，亦不得请求减少租金，或免除之。3. 管理收益等费用，及关于永佃地之赋税，均由永佃权人负担，积欠赋税至多不得三年以上。4. 出租永佃权时，应于两月前通知土地所有人，否则即丧失其权利。盖依法，土地所有人有优先收回土地之权，如与其他受让人出同等之代价，永佃权人不得拒绝之。5. 永佃权由第三人受让时，永佃权人应就其价值，给付五十分之一与土地所有人，如将其权利赠与第三人，亦应除永佃地五十分之一，划归土地所有人。土地所有人在此两种情形之下所享之权利，谓之‘回扣’。”从上述永佃权人的义务来看，土默特地区的永租中承租人的义务少于罗马法的永佃权人。从第一项义务来看，二者有一致性。关于给付租金义务，土默特地区的承租人通常须足额、按时交纳地租，但是，遇到歉收，可以要求减少地租。当地有“勘验青苗”的习惯，即“民人对于蒙旗有永佃权者，每年于春夏青苗发生之际，永佃权人得邀同蒙古土地所有人查看青苗优劣，如因旱涝或者其他原因不能收益时，须免除佃租，或收益减少，亦即减少佃租，谓之验视青苗。若汉人对于汉人有永佃权者，则须视其双方契约之规定，若无规定，无论收成如何，不得减少地租或者免除。”[40]这条规则说明承租人是可以减少地租的，交租的义务有各种免除的可能，但并不绝对。承租人欠租可以成为夺佃的理由，地主可以收回土地，使承租人丧失租佃的权利。这是受到清代法律保护的夺佃权。[41]罗马法上永佃权人承担的永佃地赋税，与土默特地区承租人的义务有相似之处。土默特地区的承租人不仅承担该土地的赋税，而且承担依附于土地的各种负担。包括公社差中的敬神差、官差、兵差等。[42]公社是民众自发组织的社团，公社差依附于土地，随土地一并转移，这种负担由承租人承担。罗马法上永佃权人在转让永佃权时有通知地主的义务，地主享有优先权。在这一点上，清代土默特地区的土地租佃上永租权人不负有这种义务，相反，永租权人在不断的发展中取得了自由转让永租权的权利，地主不得干涉。地主也不享有优先权。在这个问题上，土默特地区的永租权发展过程中逐渐成为一种独立的权利，这是无法用罗马法上的永佃权来描述土默特地区的永租现象的主要原因。至于罗马法上永佃人承担的出让永佃权时地主的“回扣”，我认为在巴氏家族的合同中提到的过约钱，就是一笔因为承租人转让永佃权时给付给原出租人的“回扣”。虽然在巴氏家族合同中，这笔钱有时称为过约钱，有时称为押地钱。从上述清代土默特地区土地永租和罗马法上的土地永佃之间的比较来看，前者的性质与后者有相同之处，也有重大的不同。把土默特地区的长租或者永租，不加区别用永佃权来界定，并不妥当。出现在清代土默特地区的土地长租或者永租，在特殊的法律环境中运行，脱离开法律运行环境单独看法律术语或者表现，容易似是而非。它可以与罗马法上的永佃比较，不可以认为即是罗马法上的永佃权。它也不同于《中华民国民法典》第八百四十二条规定的永佃权。[43]后者对他人土地的永久使用方式限于耕作和畜牧，缩小了使用权的范围。清代土默特地区的长租不仅涉及耕作和畜牧，也包括房屋地基。当地凡买卖房屋都附带土地租佃契约，说明土地租佃情况。除了内容上的不同之外，民国民法典在制定时参考了清代的永租，并且认为这种永租即是永佃。这在《民事习惯调查报告录》中可以看到。该书把绥远地区的土地永租直接称为

“永佃”。这一做法没有看到当地土地租佃发展中的细微变化。蒙古农牧交错地区土地租佃从普通的债权性质的租佃演化为物权性质的永佃，并进一步演化为一田二主。地谱钱的存在表明土地上已经产生了接近买卖的名义上土地所有人——蒙古土地领有者和实际上的土地所有者——外来土地承租人。这些外来承租土地的人转租土地获利时被称为“二地主”，这与江南地区出现的一田二主现象如出一辙，而且更加清楚明白。他们的权利也更加充分和独立，超越了永佃权的规则范围。

蒙古地区地谱的存在，使得蒙古人的土地支配权变成了“田皮”，出租人的土地支配权变成了“田骨”。在价值上“田骨”高于“田皮”，趋利的资金会集于“田骨”，“田皮”的所有人权能萎缩。蒙古地区真正的土地支配权人是地商等拥有“田骨”的“二地主”，而不是蒙古族原土地领有人。蒙古族拥有“田皮”所收的地谱钱，到晚清的时候数量极少。《中海流村史》记载了巴氏家族邻近的土默特右翼三甲云家曾经“带着几百顷户口地和荒滩地来”，到晚清时每年收来的地谱钱“只够添点年节用品和给孩子压岁钱。”[44]江南地区“田皮、田骨”价值的差异让士绅们也会宁愿放下身架做租户购买田皮，“总缘根有数倍之收，虽价数倍于买面，而生监富室，乐于买根，甘为佃户。”[45]土地所有权和租佃权彻底的分离，土地的实际支配人已经从国家法律确认的领有人，变成了通过个人租佃而形成的承租人。土地资源作为最重要的生存资源进行了在国家法律正式规则之外的重新分配，契约在资源分配中起了关键的固化规则的作用。可以说，在土地权能分化中，存在着以契约主导资源流动的现实。中原地区从唐代均田制失效后，国家不再凭借居民身份分配土地之后，基本上就在依靠契约进行土地的流转。宋代土地大规模兼并，典权活跃。明代一田二主普遍形成。土地所有权凝固在少部分土地所有权人手中，但是，社会资源需要不断进行流动。永佃和一田二主的规则技术，把所有权从凝固状态改变为流动状态，创造了复杂的权利结构和规则结构。在规则的变迁中，掌握资源支配权的人群在变化，国家控制社会和资源的能力在弱化。国家法律对于此种规则的始终漠视，表现出国家法律不适应社会变迁的保守状态和在民事法律发展领域越来越虚化。这种变化的社会效果在蒙古地区的表现比江南地区明显。或者说，通过蒙古地区的变化过程和突出的结果，或许可以反观中原地区可能发生了什么变化。

## 规则变迁的社会影响

土地租佃权的变化过程对蒙古农牧交错地区社会的影响是多方面的，以下简单做个分析。

首先，它是蒙古族整体贫困的一个原因。土地租佃中押地钱的存在原本对于出租人来讲是一个增加财富改善生存状况的机会，是控制土地的资源优势转化为现实利益的体现，可以集中现金进行投资或者消费。但是，巴氏家族的合同中看不到把押地钱用来投资的活动，也没有奢靡的消费，却看到无数的“差事紧急”、“使用不足”，急需大笔钱。从乾隆年间开始质折借钱，直到光绪九年仍然在典租折，一次出典十三个，典到三十三千零七十六文。从这些借钱约可以推知每次出租土地得来的大笔押地钱很快就应付紧急差事，或者被使用掉了。其余可以收取的小笔地谱钱，很多又被不断进行的借钱质抵出去消耗掉了。咸丰年间主持家事的得计女人就已经度日艰难了，后来的海保、云巴氏一直并不宽裕。土地的收入无法投资到当时在包头兴盛的商业贸易。所有的商铺都租佃巴氏家族的土地，流传在当地的“先有复盛公，后有包头城”的民谚，却道出了包头城的兴起没有巴氏家族的商业参与的事实。乾隆年间江南商业发展，有些地主收取押地钱或者佃价钱用来集中资本经营商业。巴氏家族拥有全部包头城的土地，收了大笔的押地钱，却没有一次参与商业投资。其原因可能还在于“差事紧急”消耗了能够聚集起来的钱。《中海流村史》记录的蒙古贫困化过程与巴氏家族记录的贫困化过程相一致。中海流村的蒙古族出租了土地给汉族农民，无地可以放牧，不得已出租了本村的盐地给外来人口熬盐，他们自己熬盐也没什么收获，最终还是无可遏制地贫困下去。在当地农业发展之后，蒙古族从

经济上占优势的群体变成了弱势群体，无法在农业生产中获得优势、获得更多生存机会。作为分配资源的租佃技术，把蒙古族的土地支配权分割，削弱了蒙古族可以掌握土地支配权部分的权能，增强了蒙古族所不能控制的部分的权能，其结果就是，分配土地利益的实际权能向承租人转移。同时，农耕对土地的要求必须是明确的界限分割，把漫无确切边界的公共游牧地划分为小块，可以分批逐渐地出租。蒙古族上层掌握公共游牧地的控制权，私自把土地分成小块出租，侵占了普通蒙民放牧的土地，使他们无法维持技术上占优势的游牧经济方式。上层的奢侈消费和进贡、效纳皇帝，很快又消耗了押地钱，同样在进行着经济弱化的过程。他们不断地通过开垦更多土地才能获得新的押地钱，私垦屡禁不止，有着规则技术上的原因。贫困是租佃技术带来的一个结果。土地开垦到边界的时候，无地可垦要么夺佃获得新承租人的押地钱，要么只能是困守土地权能削弱后仅余的一点地谱钱。夺佃带来的极端破坏力，如果不是对财富的紧迫需求，通常是秩序无法承受的。类似前文所述张青齐子夺佃命案，民间在所多有。清末政府大规模破坏原有租佃权利安排，夺佃造成蒙古地区的独贵龙运动、丹丕尔命案。[46]民国时期“为了蒙古人民土地”[47]的嘎达梅林起义也可以在这个框架下理解。

租佃技术带来的贫困化也是蒙古地区民族矛盾的原因之一。土地租佃导致资源在土地控制人之间流动，规则固化并推动了这个流动。原有的土地都是蒙古族在支配，流动的结果导致外来的汉族掌握了土地支配权。土地租佃规则重建的过程，外化为土地从蒙古族流向汉族的过程。这个在民族地区发生的变迁显出了民族特色。如果放在江南，就可以还原为土地控制权整体上从地主阶层流向佃户阶层，财富不再固定为原有的控制体系，分散而复杂的财富分配机制分散了二个阶层的对立，表现为土地本身的价值分离。江南的土地租佃技术发展结果使“一田二主”和“田皮”、“田骨”更受关注，蒙地的土地租佃技术发展结果使“二地主”、“地谱”和蒙汉财富流动更受关注。

其次，促成蒙古地区社会管理方式的变化。归化城土默特地区的管理分为三个部分：八旗驻军、蒙古事务、民人事务分别设置机构管理。当农业人口增加后，随之增加了民人之间、蒙古和民人之间交涉事务。雍正时期开始设立管理民人以及蒙古与民人交涉事件的机构。这些机构处理的事件范围不断扩大，蒙古管理官员的参与度逐渐降低。[48]蒙古地区的地方行政建制也发生了变化，厅、县的设置出现，数量增加，地位上升。政府机构和地方建制的变化呈现出边疆管理内地化的趋势。虽然这个趋势与清政府在管理过程中整体上的边疆内地化管理思路一致，但是，其原因可能还是要具体分析的。清政府在蒙古地区设置的行政机构可以有效地控制当地社会，把内地直接控制居民的管理方式移植到蒙古地区，降低蒙古王公的自治权。同时，政府管理机构从税收事务开始，逐渐扩大，以税收和司法作为主要职能，把地方新增的财富及时吸取到中央，又把中央控制秩序方式引进到地方。二者的引进，使蒙古社会出现了资源流动依据从身份转变为契约，但是蒙古社会却并没有经历从身份到契约的变化。梅因在他的《古代法》中提出的著名“所有进步社会的运动，到此处为止，是一个‘从身份到契约’的运动”论断，在蒙古地区的社会实践中并不适用。这倒不是因为梅因的论断不正确，只是他的论断的前提用该书序言作者喀莱顿·垦卜·亚伦的总结是：“他的结论实足以表现一条为当今历史法学家没有任何争执的原则——即个人自决的原则，把个人从家庭和集团束缚的罗网中分离开来；或者，用最简单的话来说，即从集体走向个人的运动。”[49]这个前提在清代蒙古地区不充分。清代蒙古地区的土地并不是属于蒙古族所有，而是属于国家所有。蒙古族领有的土地没有所有权。对于每个蒙古族个人来说，他们分得的户口地，从巴氏家族的合同中可以看到，在“丁倒户绝”的时候重新归于“苏木公中”。他们的土地之所以不可以买卖和出典也就在于他们没有所有权。他们所领有的土地无法摆脱身份的限制，或者说必须建立在身份的基础上，缺乏契约社会化的前提。

虽然，蒙古族的土地领有权是依据身份获得而开始了种种复杂的契约化的演进，但是，

从集体开始的权利，却没有引导出个人权利和个人权利意识，并从而引致社会生活的契约化，或者说个人化。从当地契约的内部结构来看，传统上的家族财产权制度并没有突破。订立契约依然是家长的权利，契约中的权利意识并没有超出经济生活而进入个人意识中。也就是说，这种契约无法作为一种普遍化的规则构造方式，引导每个人的权利意识的觉醒，并用契约来构造自己的生活和社会制度。从契约的外部原因来看，清政府的专制集权管理方式随时可以介入到私人之间的契约中，使一切约定无效。如，前引雍正四年政府关于增租夺佃的规定，为了维护蒙古地区的稳定，随时可以用政府的权力打破私约。清政府控制着资源流向的总体方面，光绪年间的大规模蒙垦，对于当地一直进行的契约式的权利演进过程是个覆巢式的打击。同时，清政府对当地进行了步步为营似的身份控制，同知、通判、达庆、达古拉等权力的强化，牌、保、甲的基层设置，是政府通过地域性的管理，把人们控制在特定的空间区域中，使人们不可能在区域社会生活的安排中表达自己的意愿，没有协商的余地，也就没有个人意识成长的基础。强大的集权管理和深厚的传统下，人们不可能把契约式的思维方式推演到私人生活和社会生活的其他方面，完全无法想像个人意识的普遍觉醒。所以，晚清时期，看起来当地经济生活中契约已经起了重要的、甚至决定性的作用，却完全无法产生“从身份到契约”的社会变迁。

第三，国家法律与民间规则的并存但不融合的状态。蒙古地区原有蒙古族传统规则形成的第一层次的规则，清政府发布的各种法律在规则空间中成为叠加在原有秩序之上的第二层次规则，外来人口到来通过契约建立了规则空间的第三个层次。三种规则并存，但是并不融合。清政府的规则处于主导地位，决定了资源的整体流向，限制第一层次规则发挥作用的余地，但是并不否定它的存在。蒙古族公共游牧地的存在就是一个显例。第三层次的规则主要是通过规避国家法律形成的。政府打击永佃和典卖，使这种规则从一开始就是非法的，只能以非正式规则的方式存在。它的存在所依赖的知识资源来自于中原地区成熟的土地租佃权利分离规则技术，它所依赖的保障力量来自于民间的舆论、基层管理机构、喇嘛、民间临时纠纷解决组织等不稳定的力量，国家法律对私约的认可只起到了外部秩序保障的作用。第三层次的规则影响了实际的社会生活，力求获得国家的认可，但是它与国家规则体系在原理上根本相左，在没有强大的推动力的情况下，政府不会放弃采用简单的暴力规则来解决问题。蒙古族传统规则在蒙古族内部协调游牧地使用、土地边界、部属与统领的权力界限、人们之间的日常生活秩序等方面发挥着作用。三种规则之间并不融合，特别是发生了土地纠纷的时候，清政府、蒙古族、承租人之间各自依据自己的规则争取自己的权利，规则本身的冲突，使得固定规则中的利益冲突表现出来。特别是在清末开垦产生的丹丕尔案件和嘎达梅林起义中，规则之间的冲突尤为明显，在蒙古地区清代以来的法律发展中表现出了自己的独特意义。

---

＊本文系国家教育部人文社科重点基地项目（05JJD770104）阶段成果。

① 哈斯巴根，《18—20 世纪前鄂尔多斯农牧交错区域研究——以伊克昭盟准格尔旗为中心》，博士论文；王建革，《农牧交错与结构变迁：清代内蒙古地区的农业与社会》，《中国历史地理论丛》2002 年第 9 期；张永江，《论清代漠南蒙古地区的二元管理体制》，《清史研究》1998 年第 2 期；王卫东，《融会与建构：1648—1937 年绥远地区移民与社会变迁研究》，华东师大出版社，2007 年版；戴逸、张世明主编，《中国西部开发与近代化》，广东教育出版社，2006 年版；张世明、龚泉胜，《另类社会空间：中国边疆移民社会主要特殊性透视（1644—1949）》，《中国边疆史地研究》2006 年第 3 期。

② 《包头蒙租合同》，内蒙古大学图书馆藏抄本。

③这种知识可能是从《周礼》时代传下来的“傅别”、“约”、“剂”形式上把写有文书内容的介质一分为二，双方各执一半，需要时合在一起组成同一完整文书作为凭证的知识有关。参见《周礼》天官冢宰小宰之职“以官府之八成经邦治……四曰听称责以傅别……七曰听卖买以质剂，八曰听出入以要会。”《十三经注疏之四·周礼天官》，郑玄注、贾公彦疏，上海古籍出版社 1990 年版。

④晓克：《明代土默特万户的部落构成及其驻地考》，

《西北民族研究》，1988 年第 2 期。
⑤ 《清朝文献通考》卷一八四，兵考，曹仁虎等纂修，浙江书局光绪八年 1882 年石印本影印。
⑥⑦贻谷辑：《土默特志》，内蒙古大学图书馆藏抄本。
⑧柳陆：《风雨福徵寺》，北京，民族出版社 2006 年版，第 4 页。
⑨ 《蒙古律例》卷五，边境哨卡。内蒙古大学法学院藏抄本，第 101-102 页。
⑩ 《蒙古律例》卷二，户口差徭。内蒙古大学法学院藏抄本，第 55-56 页。
⑪⑫周清澍：《试论清代内蒙古地区农业的发展》，《蒙古史论文选集》3，内蒙古大学出版社 1983 年版，第 225-228 页、第 270 页。
⑬彭勇：《清代土默特土地的占有方式》，《土默特史料》第十八辑。土默特左旗土默特志编纂委员会编辑，内部发行，1985 年 8 月版，第 259-279 页。
⑮㊴道格拉斯·诺思：《制度、制度变迁河经济绩效》，上海格致出版社 2008 年版，第 22 页；第 56 页。
⑭⑳（清）会典馆编，赵云田点校：《钦定大清会典事例》卷九七九，理藩院，耕种地亩。北京，中国藏学出版社 2006 年版。
⑯ 《明穆宗实录》卷五十二，隆庆四年十二月丁酉。
⑰中国社会科学院历史研究所清史研究室编，《清史资料》，第五辑，中华书局 1984 年版，第 100-101 页。
⑱理藩院辑，杨选第注，《理藩院则例》，卷十地亩。内蒙古文化出版社 1997 年版，第 131 页。
⑲ 《土默特志》卷五赋税，输田记附。内蒙古大学图书馆藏抄本，第 81-91 页。
㉑ 《钦定大清会典事例》卷一五八、一六三、一六五、九七八。
㉒步德茂著、张世明等译：《过失杀人、市场与道德经济 18 世纪中国财产权的暴力纠纷》，社会科学文献出版社 2008 年版，第 48 页。
㉓参见《清圣祖实录》卷二八四、康熙五十八年五月癸未条；《清世宗实录》卷一百三、雍正九年二月谕大学士条。
㉔ 《钦定大清会典事例》卷九七九，“乾隆十三年又议准，蒙古台吉官员喇嘛皆称殷实，惟属下兵丁贫乏者多。次等殷实之人每依恃己力，将旗下公地另民人开垦，有自数十顷至数百顷之多，占据取租者。是以无力蒙古愈至困穷。……倘仍有开垦旗下公地，强占穷人地亩者，从重治罪。”
㉕ 《包头蒙租合同》，乾隆嘉庆朝分册。
㉖詹姆斯·马奇、马丁·舒尔茨、周雪光著，童根兴译：《规则的动态演变》，世纪出版集团，第 69 页。
㉗㉘ 《清代的旗地》，中华书局 1984 年版，第 452-454 页；第 1092 页。
㉙哈斯巴根博士学位论文，第 76 页。
㉚㉛中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所合编《清代地租剥削形态》，中华书局 1982 年版，第 311-333、654-655、709-710 页；第 236 页。
㉜中国人民政治协商会议内蒙古自治区委员会文史资料委员会编：《王同春与河套水利》内蒙古文史书店发行（内部发行），第 40-41 页。
㉝㉞㉟南京国民政府司法行政部编，胡旭晟、夏新华、李交发点校：《民事习惯调查报告录》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 416 页；第 750 页；第 416 页。
㊱陈朝璧：《罗马法原理》，重庆：商务印书馆，民国二十五年版（1936 年），第 349 页。
㊲ 《清世宗实录》卷十，雍正元年八月癸亥。
㊳ 《清代边疆满文档案目录》，第三辑，内蒙古卷，广西师范大学出版社 1998 年版，第 19 页。
㊵㊷ 《民事习惯调查报告录》，第 416 页；第 418 页。
㊶ 《钦定大清会典事例》，卷一五九，户部。
㊸蔡鸿源主编：《民国法规集成》第六十六册，“中华民国民法典·物权编”，第 842 条，黄山书社 1999 年版，第 5 页。
㊹云荫、刘志文、韩颖主编：《中海流村史》，远方出版社 2002 年版，第 37-42 页。
㊺ 《福建省例》“税课例”，“根契纳税就佃”，第 237 页。
㊻内蒙古自治区档案馆编：《清末垦务档案汇编》，内蒙古人民出版社 1999 年版，第 567-635 页。
㊼“嘎达梅林”歌词云：“要说造反的嘎达梅林，是为了蒙古人民的土地”。
㊽“乾隆二十五年覆准。归化城同知、通判承办蒙古命盗等案，及蒙古民人交涉命盗事件，由该厅等呈报绥远将军，就近会同土默特参领等官办理。蒙古事件，由将军咨院具奏完结。蒙古与民人交涉事件，由巡抚咨院具奏完结。其札萨克派员会审之例，永行停止。”见于《钦定大清会典事例》卷九九七，理藩院。
㊾梅因：《古代法》，商务印书馆 1959 年版，第 53 页，第 7 页。